

Sygn. akt: KIO/UZP 1454/08

WYROK

z dnia 29 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

**Członkowie: Emil Kuriata
Anna Majstrowicz**

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa, ul. Pańska 81/83** protestu z dnia 19 listopada 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Online-skills Sp. z o.o., Warszawa, ul. Elektoralna 26/62** i **Jacek Michalski** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Galaxy, Zielona Góra, ul. Fabryczna 13/1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie powtórnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa, ul. Pańska 81/83 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ComArch S.A., Kraków, Al.. Jana Pawła II 39 a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa, ul. Pańska 81/83** na rzecz **ComArch S.A., Kraków, Al.. Jana Pawła II 39 a,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 936 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., Kraków, Al.. Jana Pawła II 39 a.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę szkoleniową „Akademia PARP 2009”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2008 r. pod numerem 2008/S 192-254016.

Pismem z dnia 7 listopada 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach badania złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym:

- o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Konsorcjum firm: Online-skills Sp. z o.o. i Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Galaxy zwanego dalej Konsorcjum Online na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp,

- o uznaniu za czynność nieważną złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Konsorcjum firm: Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej, NTT System S.A. i Krajowa Agencja Informacyjna „INFO”, Konsorcjum firm: Asseco Business Solutions S.A., COMBIDATA S.A., POSTDATA S.A., WYG International Sp. z o.o. i F5 Consulting Sp. z o.o.,

- o uznaniu za spełniających warunki następujących Wykonawców: 4System Polska Sp. z o.o., Konsorcjum firm: Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl Sp. z o.o. i Betacom S.A., Konsorcjum firm: Young Digital Planet S.A. i Firma 2000 Sp. z o.o., Konsorcjum firm: Altkom Akademia S.A. i Topas Sp. z o.o., ComArch S.A., Konsorcjum firm: Sygnity S.A. i Smart Education Sp. z o.o. oraz Konsorcjum firm: House of Skills S.A. i Nowoczesna Firma Sp. z o.o.,

- o zaproszeniu do składania ofert wstępnych następujących Wykonawców: 4System Polska Sp. z o.o., Konsorcjum firm: Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl Sp. z o.o. i Betacom S.A., Konsorcjum firm: Young Digital Planet S.A. i Firma 2000 Sp. z o.o., Konsorcjum firm: Altkom Akademia S.A. i Topas Sp. z o.o. oraz ComArch S.A.

Wobec powyższej decyzji Zamawiającego protest wniósł w dniu 19 listopada 2008 r. Wykonawca Konsorcjum Online zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie Wykonawców i nieprawidłowe zastosowanie dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w stosunku do Protestującego,

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez nie odtajnienie treści części wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez ComArch S.A. oraz Konsorcjum firm: Sygnity S.A. i Smart Education Sp. z o.o., które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z obowiązującym prawem,
- art. 7 ust.1 ustawy Pzp przez przyznanie 6 punktów Wykonawcy ComArch S.A., który w nie objętej tajemnicą przedsiębiorstwa części Wykazu wykonanych usług podał usługi nie odpowiadające rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie 6 punktów Konsorcjum firm: Altkom Akademia S.A. i Topas Sp. z o.o., które w Wykazie wykonanych usług nie podało wartości usług określonych w umowie.

W uzasadnieniu Protestujący podniósł, iż w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień wystosowanym do Protestującego Zamawiający pominął wezwanie do uzupełnienia lub wyjaśnienia kwestii dotyczących wartości usług w przypadku osoby wyznaczonej na stanowisko Zarządzającego usługą, doświadczenia zawodowego osoby wyznaczonej na stanowisko Specjalisty do spraw metodyki oraz doświadczenia zawodowego osoby wyznaczonej na stanowisko Specjalisty do spraw promocji i rekrutacji, podczas gdy wykluczył Protestującego z powodu nie wykazania spełniania powyższych wymogów. Konsekwencją nieprawidłowego zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp jest, zdaniem Protestującego, wykluczenie z udziału w postępowaniu. Powyższe stanowi również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Protestujący wskazał, że Wykonawca ComArch S.A. częściowo objął tajemnicą przedsiębiorstwa Wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, natomiast Wykonawca Konsorcjum firm: Sygnity S.A. i Smart Education Sp. z o.o. objęło tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług. Tymczasem Zamawiający przyznał obu ww. Wykonawcom maksymalną ilość punktów za wykazane doświadczenie (6 punktów). Protestujący zwrócił uwagę na fakt, iż ustawa Pzp nie zawiera definicji tajemnicy przedsiębiorstwa – definicję taką zawiera art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.). W ocenie Protestującego, zastrzeżone przez Wykonawców informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Stwierdził, iż odstępstwa od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały uregulowane w art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, a jego naruszenie skutkuje również naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Protestujący wywiódł, iż ComArch S.A. w części Wykazu wykonanych usług nie objętej tajemnicą przedsiębiorstwa wskazał na dwie usługi. Ze złożonych dokumentów nie wynika, zdaniem Protestującego, zakres prac wykonanych w ramach zamówienia. Wykonawca ComArch S.A. podał w Wykazie, że zrealizował usługę pod nazwą „Rozbudowa

i wzmocnienie informatycznego Systemu Wspomagania Kontroli Skarbowej ISKOS". Zakres prac wynikających z ogłoszenia nr 188 poz. 44489 z dnia 30 sierpnia 2005 r. jest inny niż zakres wpisany przez Wykonawcę w Wykazie. Na analogiczną sytuację wskazał Protestujący w przypadku usługi dla Komendy Głównej Policji w Warszawie – opis usługi dokonany przez ComArch S.A. nie jest adekwatny do wynikającego ze szczegółowego określenia przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia spr. Nr16/Błil/07MSz. W ocenie Protestującego, zawarte w jawnej części Wykazu usługi nie spełniają warunku udziału w postępowaniu.

Protestujący stwierdził także, że Konsorcjum firm: Altkom Akademia S.A. i Topas Sp. z o.o. w Wykazie wykonanych usług w rubryce „wartość usługi określonej w umowie” w każdej z czterech pozycji tabeli podał wartość faktyczną wynikającą z faktury, a nie, jak wymagał tego Zamawiający, kwoty wynikające z umowy. W każdej pozycji Wykonawca ten wpisał wykonanie kilku usług, a nie tylko jednej zrealizowanej w ramach zawartej umowy, zatem jest to kwota za wykonanie kilku zamówień, za które nastąpiła płatność na podstawie jednej faktury. Wobec powyższego Protestujący uznał, że ww. Konsorcjum nie spełnia postawionego warunku – wykonawcy zobowiązani byli wykazać się wykonaniem co najmniej czterech usług o wartości 500 000 PLN każda, podczas gdy w Wykazie zawarto cztery pozycje obejmujące wykonanie niewiadomej ilości usług, a tym samym o niewiadomej wartości każdej z nich.

Protestujący wniósł o:

- odstąpienie części oferty ComArch S.A.,
- odstąpienie części oferty Konsorcjum firm: Sygnity S.A. i Smart Education Sp. z o.o.,
- unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- zaproszenie Konsorcjum Online do złożenia oferty wstępnej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił w dniu 21 listopada 2008 r. Wykonawca ComArch S.A.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 2 grudnia 2008 r. przez jego uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w stosunku do Protestującego, naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podczas oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ComArch S.A., naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podczas oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum firm: Altkom

Akademia S.A. i Topas Sp. z o.o. oraz oddalenie w części dotyczącej naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp przez czynność nie odtajnienia części wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez ComArch S.A. i Konsorcjum firm: Sygnity S.A. i Smart Education Sp. z o.o. Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu czynności uzupełnienia i wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów w stosunku do Protestującego oraz o unieważnieniu decyzji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

Odnosząc się do zarzutów protestu, w zakresie których nie uwzględniono protestu Zamawiający stwierdził, iż w ustawie Pzp nie wskazano, że tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą stanowić dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00), w którym Sąd orzekł, że informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa kiedy przedsiębiorca ma wolę, by została ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Zgodnie z deklaracją ComArch S.A. i Konsorcjum firm: Sygnity S.A. i Smart Education Sp. z o.o. informacje utajnione w złożonych wnioskach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał ww. deklarację za zasadną. Zamawiający wskazał na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 stycznia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-55/07) oraz Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 874/08). W zakresie zarzutu nie odtajnienia Wykazu wykonanych usług złożonego przez ComArch S.A. Zamawiający stwierdził, że informacje zawarte w Wykazie oraz dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie Wykonawca może uznawać za informacje handlowe mające wartość dla firmy, które nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Zastrzeżone informacje nie dotyczą zamówień publicznych jawnych na mocy ustawy.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Wykonawca ComArch S.A., który wniósł w dniu 12 grudnia 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

- naruszenie art. 183 ust. 5 ustawy Pzp przez dokonanie wraz z rozstrzygnięciem protestu unieważnienia czynności uzupełnienia i wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów w stosunku do Konsorcjum Online oraz unieważnienie decyzji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, mimo że nie zostały uwzględnione wszystkie zgłoszone przez Protestującego żądania,
- naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp przez uwzględnienie zarzutu podniesionego w proteście oraz przez bezzasadne uznanie, że dyspozycje art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp zostały nieprawidłowo wykonane w stosunku do Protestującego,

ponieważ Konsorcjum Online zostało wezwane do uzupełnienia dokumentów, w odpowiedzi na które złożyło dokumenty nie potwierdzające spełnienia wymagań Zamawiającego,

- naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez uwzględnienie podniesionego w proteście zarzutu oraz przez bezzasadne uznanie, że wniosek Protestującego powinien zostać poddany ponownej ocenie, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ Konsorcjum Online zostało wezwane do uzupełnienia dokumentów, w odpowiedzi na które złożyło dokumenty nie potwierdzające spełnienia wymagań Zamawiającego, a w proteście nie zarzucono naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na podstawie którego nastąpiło wykluczenie;

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez uwzględnienie podniesionego w proteście zarzutu oraz przez kwestionowanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę ComArch S.A., co narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ ComArch S.A. spełnia wszystkie warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu i przedłożył na potwierdzenie powyższego stosowne dokumenty;

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez uwzględnienie podniesionego w proteście zarzutu oraz przez kwestionowanie przedłożonych przez ComArch S.A. dokumentów w postaci protokołu odbioru i świadectwa należytego wykonania zamówienia, co dyskryminuje Wykonawcę dysponującego dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień nie wymieniającymi całego zakresu zamówienia, a także dysponującego wyłącznie protokołem odbioru czy świadectwem wykonania, a nie szczegółową referencją,

- naruszenie §1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87 poz. 605 z późn. zm.) przez uwzględnienie podniesionego w proteście zarzutu oraz przez kwestionowanie złożonych przez ComArch S.A. dokumentów jako dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie.

Odwołujący wywiódł, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego protest jest ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze lub wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 183 ust. 5 ustawy Pzp przez unieważnienie czynności uzupełnienia i wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów złożonych przez Konsorcjum Online oraz przez unieważnienie decyzji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków, mimo że nie zostały uwzględnione wszystkie żądania Protestującego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezzasadnie uwzględnił protest Konsorcjum Online w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy

Pzp. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien był oddalić w tym zakresie protest ze względów formalnych - Protestujący nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na podstawie którego to przepisu Protestujący został wykluczony z udziału w postępowaniu. Niezależnie od powyższego, Odwołujący uznał zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp za nieuzasadniony. Zauważył, że Protestujący żądał w proteście dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Niezrozumiałe jest dla Odwołującego w jaki sposób Zamawiający „uzna” to żądanie, bowiem Protestujący nie wnosił o ponowne wezwanie do uzupełnienia czy wyjaśnienia treści złożonego przez siebie wniosku. Wskazał, iż wymóg dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach zawarty był w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.2.3), a Protestujący, mimo wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, nie dokonał uzupełnienia w sposób prawidłowy i nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunku. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez uwzględnienie zarzutu podnoszonego w proteście.

Ponadto Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez uwzględnienie zarzutu podnoszonego w proteście przez Konsorcjum Online oraz przez bezzasadne uznanie, że wniosek Protestującego powinien zostać poddany ponownej ocenie, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ Konsorcjum Online zostało wezwane do uzupełnienia dokumentów i przedłożyło dokumenty, z których nie wynika spełnianie wymagań Zamawiającego określonych w Ogłoszeniu, a w proteście Konsorcjum Online nie podniosło zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na podstawie którego nastąpiło wykluczenie.

Odwołujący ocenił również, że Zamawiający bezzasadnie „uznał” protest Konsorcjum Online w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ComArch S.A. Przedstawione przez Protestującego w tym zakresie argumenty Odwołujący uznał za bezzasadne i nie poparte miarodajnymi dowodami. Zgodnie z obowiązującym prawem, szczegółowe informacje na temat zamówienia mogą być zawarte w wykazie (wykazach) zamówień, a więc nie muszą znajdować się w załączonych dokumentach potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Złożone przez ComArch S.A. dokumenty kwestionowane przez Protestującego: świadectwo należytego wykonania umowy oraz protokół odbioru to dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień określonych w wykazie. Zarówno protokół odbioru jak i świadectwo należytego wykonania umowy jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie przedmiotu zamówienia nie muszą zawierać wszystkich pełnych informacji dotyczących szczegółowego zakresu dostaw i usług. Zamawiający powinien polegać na oświadczeniu Wykonawcy zawartym w Wykazie. Odwołujący przywołał wyrok

Zespołu Arbitrów z dnia 1 września 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2412/06, UZP/ZO/0-2419/06), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2008 r. (KIO/UZP 11/07), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 27/08), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 281/08) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 103/07).

Odwołujący zwrócił uwagę, że ustawodawca bardzo dokładnie określił w ustawie Pzp i rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, czego Zamawiający może domagać się celem przedłożenia wraz z wnioskiem. Wybór właściwego i dostępnego dokumentu na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia ustawodawca pozostawił wykonawcy. Zamawiający powinien polegać na oświadczeniu Wykonawcy złożonym w Wykazie, który zawiera informacje pozwalające Zamawiającemu ocenić dane zamówienie oraz dokument potwierdzający jego należyte wykonanie zamówienia. W wypadku innej interpretacji obowiązujących przepisów prawa, każdy wykonawca przystępując do postępowania musiałby każdorazowo uzyskiwać listy referencyjne z coraz to innymi informacjami żadanymi w danym postępowaniu. Zamawiający powinien zdawać sobie sprawę z tego, że każdy wykonawca po zakończeniu realizacji danego zamówienia podpisuje protokół odbioru lub otrzymuje referencję, mniej lub bardziej szczegółową, którą następnie wykorzystuje wielokrotnie w różnych postępowaniach. Odwołujący oświadczył, iż spełnia wszystkie postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, w tym dotyczące doświadczenia, a liczba uzyskanych punktów nie jest zawyżona. Zwrócił uwagę, że Protestujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie podnoszonych zarzutów wobec dwóch projektów.

Odwołujący poinformował, iż realizował w ramach usługi pod nazwą „Rozbudowa i wzmocnienie Informatycznego Systemu Wspomagania Kontroli Skarbowej ISKOS” prace wskazane w Wykazie. Przedłożone przez Protestującego ogłoszenie zawiera tylko "określenie" przedmiotu zamówienia, a nie jego szczegółowy opis, jaki zawarty jest w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na powyższe wskazuje ustawa Pzp, która rozróżnia „określenie przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 4) i opis przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3). Wskazał, że w samym ogłoszeniu o ww. zamówieniu przewidziane jest m.in. przeprowadzenie szkoleń dla użytkowników i administratorów systemu. Nie świadczy to, zdaniem Odwołującego, o innym zakresie zamówienia, a jedynie o posługiwaniu się przez odbiorcę w ogłoszeniu lakoniczną terminologią. Szczegółowy sposób realizacji został określony w przygotowanej dla tego odbiorcy analizie przedwdrożeniowej. Oświadczył, że przedmiot zamówienia odpowiada zakresowi wskazanemu i wyjaśnionemu w Wykazie przedłożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący oświadczył także, że w ramach zamówienia wykonywanego dla Komendy Głównej Policji realizował usługi opisane w Wykazie wykonanych usług. Stwierdził, że przedłożony przez Protestującego załącznik nr 1 do Specyfikacji spr. Nr16/BŁil/07MSz nie świadczy o innym zakresie usługi, posługuje się tylko inną terminologią. Nawet z zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedłożonych przez Protestującego wynika, że przedmiot zamówienia obejmował szkolenia użytkowników według uzgodnionego z Zamawiającym harmonogramu szkoleń (pkt 3 ppkt 9 str. 2 załącznika nr 1 do Specyfikacji), a z definicji można się dowiedzieć, że przez szkolenie rozumieć należy zbiór kursów (pkt 1, definicja szkolenia str. 1 załącznika nr 1 do Specyfikacji). Szczegółowy sposób realizacji został określony w przygotowanej dla Komendy Głównej Policji analizie przedwdrożeniowej. Odwołujący podkreślił, że Specyfikacja nie jest dokumentem wyczerpującym. Zauważył, że w załączonym przez niego protokole odbioru wystawionym przez tego odbiorcę mowa jest m.in. o odbiorach szkoleń, co odpowiada zakresowi wskazanemu przez Odwołującego i wyjaśnionemu w Wykazie przedłożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez uwzględnienie zarzutu podnoszonego w proteście przez Konsorcjum Online oraz przez kwestionowanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ComArch S.A., ponieważ ComArch S.A. spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i złożył wszelkie wymagane dokumenty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji przez uwzględnienie zarzutu podnoszonego w proteście przez Konsorcjum Online oraz przez kwestionowanie przedłożonych przez ComArch S.A. dokumentów w postaci protokołu odbioru i świadectwa należytego wykonania zamówienia, co dyskryminuje Wykonawcę dysponującego dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień nie wymienianymi całego zakresu zamówienia, a także dysponującego wyłącznie protokołem odbioru czy świadectwem wykonania, a nie szczegółową referencją.

Dodatkowo, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie §1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez uwzględnienie zarzutu podnoszonego w proteście przez Konsorcjum Online oraz przez kwestionowanie złożonych przez ComArch S.A. dokumentów jako dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień wskazanych w Wykazie.

Odwołujący wnioskował o:

- uwzględnienie odwołania w całości,

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności uwzględnienia protestu Konsorcjum Online w zakresie zarzutów dotyczących oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Online oraz wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez ComArch S.A.,
- nakazanie Zamawiającemu oddalenia protestu Konsorcjum Online w zakresie zarzutów dotyczących oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Online,
- nakazanie Zamawiającemu oddalenia protestu Konsorcjum Online w zakresie zarzutów dotyczących oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez ComArch S.A.,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia czynności uzupełniania i wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów w stosunku do Konsorcjum Online oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia decyzji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiło pismem z dnia 18 grudnia 2008 r. Konsorcjum Online.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska. Zamawiający ponadto oświadczył, iż rozstrzygając protest nie wypowiedział się w kwestii słuszności przyznania ComArch S.A. danej ilości punktów za wykazane doświadczenie, a uwzględnienie zarzutu związane było jedynie z wątpliwościami, jakie powziął w tym zakresie. Zapewnił, że zamierzeniem jego było wezwanie ComArch S.A. do złożenia wyjaśnień w ramach powtórnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługuje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 183 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, w przypadku uwzględnienia co najmniej jednego ze zgłoszonych żądań protestu przy jednoczesnym nie uwzględnieniu wszystkich żądań, zamawiający powtarza oprotestowaną czynność po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. W przedmiotowym stanie faktycznym protest należy uznać za ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze lub wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (art. 182 ust. 2 ustawy Pzp), bowiem Zamawiający nie uwzględnił wszystkich żądań Protestującego. Izba przychyliła się do stanowiska Konsorcjum Online, które twierdzi, że rozstrzygnięcie protestu powinno wskazywać czy zamawiający protest uwzględnia czy oddala oraz wskazywać na dalsze, wynikające stąd czynności zamawiającego. Jednakże, w ocenie Izby, odróżnić należy deklarację zamawiającego w zakresie dalszych czynności, których dokona w związku z rozstrzygnięciem protestu od dokonania konkretnych czynności przez zamawiającego – w niniejszym przypadku od unieważnienia czynności uzupełnienia i wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów w stosunku do Protestującego oraz unieważnienia decyzji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych przez Wykonawców ocenach. Izba stoi na stanowisku, że dokonanie wraz z rozstrzygnięciem protestu ww. unieważnienia stanowi dokonanie kolejnej czynności, która jest ściśle związana z czynnością powtórnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uwzględniając protest w części powinien był jedynie zobowiązać się do dokonania po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu kolejnych czynności.

Analizując dokumentację postępowania Izba stwierdziła, wobec treści wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w dniu 29 października 2008 r. oraz informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 7 listopada 2008 r., że dokonane przez Zamawiającego wezwanie było nieprawidłowe w zakresie dysponowania przez Konsorcjum Online osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji Zarządzającego usługą oraz osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji Specjalisty do spraw metodyki i dydaktyki szkoleń e-learningowych. W pierwszym przypadku Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów wskazał na brak wystarczających danych odnośnie merytorycznego zakresu dotychczas zarządzanych przez pana Grzegorza G. usług, a przytaczając stosowny warunek udziału w postępowaniu nawet nie zacytował fragmentu dotyczącego wartości usług. Tymczasem w informacji o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oparł się w tym zakresie wyłącznie na nie spełnianiu przez wykazane w życiorysie pana G. usługi wymogu dotyczącego wartości. Z kolei w zakresie Specjalisty do spraw metodyki i dydaktyki szkoleń

e-learningowych w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający wskazał jedynie na fakt, iż z życiorysu pani Marioli G. zaproponowanej na to stanowisko nie wynika czy wykazane usługi miały wartość nie niższą niż 200 000 PLN netto, podczas gdy w informacji o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oparł się na tym, że tylko jedna z wykazanych usług – Kurs internetowy wraz z modułami dodatkowymi – spełnia postawione wymogi. Z powyższego porównania jednoznacznie wynika, że Zamawiający wzywając Konsorcjum Online do uzupełnienia dokumentów wskazywał na inne braki niż te, które stały się później podstawą do wykluczenia Wykonawcy. Takie działanie Zamawiającego Izba uznała za naruszenie ustawy Pzp na etapie dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że ustawodawca zezwala na stosowanie szczególnej procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie jednokrotnie w odniesieniu do tego samego dokumentu, jednak wobec braku wyraźnego wskazania w wezwaniu jakie braki widzi Zamawiający w złożonych dokumentach, wezwanie to w ograniczonym zakresie należy powtórzyć. Izba przychyliła się również do stanowiska Izby wyrażonego w wyroku z dnia 17 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 58/07), w którym Izba orzekła, że „mimo braku wyraźnego wskazania w ustawie zasadne jest, aby zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów wskazał, jakie widzi w nich braki. Za czynność wprowadzającą w błąd Wykonawcę można bowiem uznać wezwanie, które nie zawiera zastrzeżeń do treści już złożonych dokumentów, ponieważ w takiej sytuacji Wykonawca może uzupełnić dokument w zakresie, którego nie oczekuje Zamawiający, a stwierdzony przez niego błąd pozostawić bez poprawy”. W związku z powyższym, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez uwzględnienie protestu w zakresie przedmiotowego zarzutu, a co za tym idzie, również naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie w zakresie odnoszącym się do Specjalisty do spraw promocji i rekrutacji. W wystosowanym przez Zamawiającego wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w zakresie Specjalisty do spraw promocji i rekrutacji Zamawiający wskazał, że ze złożonych dokumentów nie wynika, że pan Tomasz K. posiada wymagane doświadczenie zawodowe. Protestujący odpowiedział na wezwanie informując, że ww. osoba w projektach „Zachodniopomorski Informator Szkoleniowy” oraz „Nowe technologie edukacyjne-systemy i metodyka kształcenia na odległość” pełniła funkcje koordynatora prac i kierownika projektu, a w zakres jej odpowiedzialności wchodziła promocja projektu szkoleń, komunikacja społeczna, rekrutacja uczestników, przygotowanie i realizacja strategii rekrutacji uczestników, a także monitoring. Oświadczył również, że szkolenia prowadzone były w formule on-line. Zamawiający uznał

tylko jedną z ww. usług za spełniającą postawione przez niego wymagania w zakresie doświadczenia zawodowego Specjalisty do spraw promocji i rekrutacji.

W ocenie Izby, nie ma podstaw do ponownego wezwania Protestującego do uzupełnienia dokumentu lub złożenia wyjaśnień. Z brzmienia wystosowanego wezwania wynika, iż uzupełnienie powinno dotyczyć doświadczenia zawodowego ww. Specjalisty w całym wymaganym zakresie. Z dokonanego uzupełnienia wynika, iż tak właśnie wezwanie zrozumiał Protestujący. Nie ma zatem podstaw do powtórzenia tej czynności. Podkreślić należy, że Protestujący nie uznał dokonanego wezwania w tym zakresie za zbyt ogólne – nie złożył protestu na tę czynność. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że działaniem swoim Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ComArch S.A. Protestujący zarzucił Zamawiającemu nieprawidłową ocenę złożonego przez ComArch S.A. wniosku wywodząc, iż ze złożonych przez Odwołującego dokumentów nie wynika zakres prac wykonywanych w ramach dwóch zamówień, co do których nie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa treść Wykazu wykonanych usług. Ponadto Protestujący podniósł, że zakres prac opisany w Wykazie jest inny niż wynika to z ogłoszenia o zamówieniu (dotyczy Rozbudowy i wzmocnienia Informatycznego Systemu Wspomagania Kontroli Skarbowej ISKOS) i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dotyczy Systemu Elektronicznego Wspomagania Nauczania). Na tej podstawie Protestujący stwierdził, iż dwie, zawarte w jawnej części Wykazu usługi nie spełniają wymagań Zamawiającego. Zamawiający rozstrzygając protest uwzględnił go „w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zakresie (...) oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” przez ComArch S.A. W uzasadnieniu dodatkowo stwierdził, iż „argumentacja zawarta w proteście wskazuje na konieczność powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę ComArch S.A. w części dotyczącej wskazanych usług”. Na rozprawie oświadczył, jak opisano powyżej, że rozstrzygając protest nie wypowiedział się w kwestii słuszności przyznania ComArch S.A. 6 punktów za wykazane doświadczenie, a uwzględnienie zarzutu związane było jedynie z wątpliwościami, jakie powziął w tym zakresie. Zapewnił ponadto, że zamierzeniem jego było wezwanie ComArch S.A. w ramach powtórnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu do złożenia wyjaśnień. Wobec powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający po otrzymaniu protestu powziął wątpliwość co do prawidłowości dokonanej przez siebie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ComArch S.A. W ocenie Izby, prawidłowe byłoby dokonanie rozstrzygnięcia protestu w tym zakresie po zbadaniu zasadności zarzutów, jednak nie

zawsze jest to możliwe. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający uwzględnił w części protest w celu umożliwienia ComArch S.A. wyjaśnienia spornej kwestii. Co prawda nie dał temu jednoznacznego wyrazu w rozstrzygnięciu protestu, ale też nie stwierdził wyraźnie, że w wyniku powtórnej oceny spełniania warunków przyzna Odwołującemu mniej punktów. Podkreślenia wymaga fakt, iż Protestujący zarzucił Zamawiającemu w tym zakresie jedynie naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zatem Zamawiający powziąwszy wątpliwość co do prawidłowości dokonanej oceny, zobowiązany był zarzut ten uwzględnić.

Jednocześnie Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenia §1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez kwestionowanie złożonych przez ComArch S.A. dokumentów jako dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz należyte wykonanie zamówień wskazanych w Wykazie. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, który stwierdził, że oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien opierać się na składanych przez wykonawców dokumentach, a zakres doświadczenia nie musi wynikać wyłącznie z treści złożonych referencji. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ComArch S.A. oparł się na wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i złożonych wraz z nim dokumentach. Jednakże w świetle informacji przedstawionych w proteście, w szczególności wobec przedstawionej przez Protestującego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, która powinna zawierać opis przedmiotu zamówienia i na podstawie której powinna odbywać się realizacja umowy, Zamawiający zobowiązany jest do wyjaśnienia wątpliwości, co może prowadzić do konieczności wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w ramach powtórnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w uzasadnieniu wyroku przepisów ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a oraz 2a ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....